

**COMENTARIOS AL PUNTO II DEL V PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO  
EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL: LA INTERPRETACIÓN DEL  
ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 28449**

**César Abanto Revilla (\*)**

**Javier Paitán Martínez (\*\*)**

## **I. INTRODUCCIÓN**

La seguridad social es un componente trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de todos los países<sup>12</sup>, a tal punto que las decisiones que tomen los gobernantes, con relación al sistema que adoptarán en determinado momento histórico, pueden originar un ahorro considerable de los recursos del Estado, o, por el contrario, reclamos sociales, derivados del descontento por prestaciones insuficientes, que a su vez tendrán un impacto negativo en el Tesoro Público.

Dentro de un modelo tradicional de seguridad social, se brinda una atención prioritaria a las prestaciones de salud y pensiones, sin embargo, en las décadas pasadas, es el tema pensionario el que mayores reformas ha experimentado en el Perú -y el mundo-, como consta de las últimas campañas presidenciales, en las cuales constituyó una de las principales propuestas de los candidatos que finalmente vencieron: la libre desafiliación del Sistema Privado de Pensiones (SPP), en el 2006; la creación de un régimen no contributivo (Pensión 65), en el 2011; y la reforma previsional, en el 2016.

Desde finales de 1992 coexisten en nuestro país -de manera paralela- dos sistemas de pensiones: el público y el privado.

El sistema público, que funciona bajo el modelo financiero de reparto (o fondo común), está a su vez conformado por cuatro regímenes:

- Decreto Ley N° 19846, Ley de Pensiones Militar Policial<sup>3</sup>.
- Decreto Ley N° 19990, Sistema Nacional de Pensiones (SNP).
- Decreto Ley N° 20530, Ley de Pensiones de los Servidores Públicos.
- Decreto Legislativo N° 894, Ley de Pensiones de los Servidores Diplomáticos<sup>4</sup>.

El Sistema Privado de Pensiones (SPP), que funciona bajo el modelo de capitalización individual, fue creado el 6 de diciembre de 1992 por Decreto Ley N° 25897<sup>5</sup>, copiando

---

(\*) Abogado y Maestro en Derecho por la USMP. Profesor de Seguridad Social en las Maestrías de Derecho del Trabajo de la PUCP y la USMP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE.

(\*\*) Abogado por la UNMSM. Adjunto de Docencia de Seguridad Social en la Maestría de Derecho del Trabajo de la PUCP. Miembro del Círculo de Estudios Laborales y de la Seguridad Social (CELSS) de la UNMSM. Abogado de la Oficina General de Asesoría Jurídica del MTPE.

(1) En igual sentido: GRZETICH LONG, Antonio. “Derecho de la Seguridad Social. Parte General”. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, página 9.

(2) Modificado a finales del 2012 por el Decreto Legislativo N° 1133.

(3) Cerrado el 20 de octubre de 2003 por la Ley N° 28091, fue “reabierto” de forma discutible por el Decreto Supremo N° 065-2009-RE.

el régimen impuesto en Chile desde inicios de los ochenta, por el cual se traslada la administración de las aportaciones y las pensiones de los trabajadores a empresas privadas (denominadas AFP), que funcionan bajo la supervisión del Estado.

La aplicación e interpretación de las normas que conforman ambos sistemas generan una serie de criterios discordantes en sede administrativa y judicial, lo que ha originado que el tema pensionario constituya más del 50% de la carga total del Poder Judicial.

En dicho escenario, si bien reconocida como una fuente del Derecho (en general), la jurisprudencia era hasta hace algunos años apenas si una base de consulta meramente referencial, pues no constituía precedente de observancia obligatoria para la judicatura nacional, situación que ha variado en forma dramática, sobretodo en el campo que nos aboca (la materia previsional), al punto que los fallos uniformes de organismos como el Tribunal Constitucional han originado la emisión de normas legales que varían criterios administrativos de larga data<sup>6</sup>.

La evolución jurisprudencial, particularmente en lo previsional, resulta indispensable para los abogados, magistrados, funcionarios públicos y todos aquellos vinculados con dicha materia, pues nos permite proyectar -con cierto margen de certeza- el resultado final de cada proceso judicial, lo cual es de gran importancia si se considera que la determinación de una nueva pretensión origina la interposición de miles de demandas.

En tal sentido, si bien el régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 habría sido declarado cerrado de manera definitiva desde el 18 de noviembre de 2004, con ocasión de la entrada en vigencia de la reforma constitucional aprobada por la Ley N° 28389, en la práctica continúan los puntos de vista discordantes respecto de la aplicación de ciertas instituciones previsionales, como la pensión máxima o tope.

En dicho escenario, analizaremos en este artículo el punto II del V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, publicado el 4 de agosto de 2017, con el fin de determinar la validez de la interpretación del artículo 3 de la Ley N° 28449, que si bien no constituye un precedente vinculante o jurisprudencia obligatoria, será un criterio que seguramente servirá de referente para la judicatura a nivel nacional.

## **II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN TEMPORAL**

El Decreto Ley N° 20530 fue promulgado el 26 de febrero de 1974 con el fin de reemplazar a la Ley General de Goces de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de enero 1850<sup>7</sup> (denominada “Ley de Goces”), dictada durante el gobierno del General Ramón Castilla.

- 
- (4) Cabe recordar que el SPP fue creado inicialmente el 11 de noviembre de 1991 por el Decreto Legislativo N° 724, pero bajo las pautas fijadas en la Constitución Política de 1979, por lo cual no llegó a entrar en funcionamiento formalmente en ese momento.
  - (5) Dos ejemplos de ello son las Leyes N° 27561 (que dispuso una revisión administrativa de oficio a todos los casos en los cuales se hubiera aplicado indebidamente -según las pautas fijadas por el Tribunal- el Decreto Ley N° 25967) y N° 28407 (que habilitó la revisión administrativa de aquellos casos en los que se hubiera declarado la pérdida de validez de las aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones).
  - (6) La Ley de Goces tuvo como antecedente, a su vez, a la Real Orden del Rey de España del 8 de febrero de 1803, que se aplicó en el Perú a partir de 1820, en tiempos del Virrey Joaquín de la

Dicha norma nació como un régimen cerrado, en la medida que su objetivo era regular el otorgamiento de los derechos pensionarios de los servidores y funcionarios públicos que ingresaron al Estado con anterioridad al 11 de julio de 1962, pues el Estatuto de la Caja de Pensiones del Seguro Social del Empleado (Decreto Supremo del 11 de julio de 1962) estableció que todo trabajador que ingrese a prestar servicios para el Estado a partir de esa fecha cotizaría para la Caja de Pensiones del Empleado, que en el mes de mayo de 1973 pasó a formar parte -junto a la Caja de Pensiones de los Obreros- del Sistema Nacional de Pensiones (SNP), creado por el Decreto Ley N° 19990.

Lo expuesto se ve corroborado por su artículo 1, que precisa que dicho régimen alcanza a los trabajadores públicos no comprendidos en el Decreto Ley N° 19990; además, por los artículos 2 y 17, que expresamente confirman su carácter cerrado, precisando que el reingreso al servicio civil del Estado implicará la sujeción al SNP.

Como anota Rendón<sup>8</sup>, la citada norma tuvo por propósito regular un beneficio temporal y cerrado, constituyéndose así en un régimen previsional especial. No tenía por objeto mantenerse en el tiempo, ni mucho menos constituir una carga para el Tesoro Público; por el contrario, buscaba que los beneficiarios pudieran acceder a una pensión -en caso de cesantía- financiada con los aportes realizados de los propios trabajadores. Era un mecanismo en favor de un grupo determinado de servidores y funcionarios públicos: los que estaban dentro del ámbito subjetivo específico de la Ley de Goces.

Si bien la idea original era que este régimen pensionario comprendiera a un reducido grupo de servidores y funcionarios públicos (los ingresados al Estado antes del 11 de julio de 1962, sujetos al régimen laboral de la actividad pública: Ley N° 11377), durante los ochenta y noventa se dicaron -por razones de índole político, antes que técnicas y/o jurídicas- normas de excepción<sup>9</sup> que flexibilizaron indebidamente el acceso al mismo de miles de trabajadores de empresas estatales, entidades y organismos públicos sujetos, en la mayoría de los casos, al régimen laboral de la actividad privada (Ley N° 4916), engrosando de forma desproporcionada el número de beneficiarios (tanto de pensionistas originarios, como sus derechohabientes), afectando gravemente al Tesoro Público y el presupuesto de dichas entidades, que debían asumir su pago<sup>10</sup>. Se ha

---

Pezuela, como señalan: ROMERO MONTES, Francisco Javier. "La Jubilación en el Perú", Servicios Gráficos José Antonio, Lima, 1993, página 127; RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. "Derecho de la Seguridad Social", Editora Jurídica Grijley, Cuarta edición, Lima, 2008, páginas 413-414; y, HEREDIA MENDOZA, Madeleine. "La Acción de Amparo y el Régimen de Pensiones del Decreto Ley N° 20530". En: Gaceta Jurídica, Lima, 1996, N° 30, página 41-B.

(7) Para dicho autor, éste régimen no forma parte del Sistema de Seguridad Social; tampoco constituye un seguro financiado por cotizaciones del Estado, aunque indebidamente se le ha llamado "Fondo de Pensiones". RENDON VASQUEZ, Jorge: Ob. Cit., páginas 413-414.

(8) Algunas permitieron el ingreso al régimen de trabajadores de determinadas entidades (Banco de la Nación, Petroperú, etc.), otras la reducción de los años mínimos de servicio (magistrados del Poder Judicial, profesores, etc.). La mayoría habilitó el ingreso de servidores que ingresaron al Estado con posterioridad al 11 de julio de 1962, como las Leyes N° 24366 y N° 25066.

(9) Artículo 13.- (...) el pago de la pensión o compensación se efectuará por la entidad en que cese el trabajador (...).

En igual sentido se pronuncia el artículo 1 de la Ley N° 27719.

calculado<sup>11</sup> que de 30 mil inicialmente proyectados como beneficiarios totales de dicho régimen, se pasó (a finales del 2003) a unos 300 mil.

Este suceso -apertura irregular del régimen- derivó de la creación de la nivelación, como mecanismo de reajuste o incremento periódico de la pensión, que no estaba previsto en el Decreto Ley N° 20530<sup>12</sup>. En efecto, la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 estableció que los servidores públicos con más de 20 años de servicios al Estado podrían equiparar su pensión con la remuneración (o haber) de los servidores o funcionarios públicos en actividad. La citada norma señalaba lo siguiente:

Octava.- Las pensiones de los cesantes con más de veinte años de servicio y de los jubilados de la Administración Pública, no sometidas al régimen del Seguro Social del Perú u otros regímenes especiales, se nivela progresivamente con los haberes de los servidores públicos en actividad de las respectivas categorías, durante el término de diez ejercicios, a partir del 1 de enero de 1980. Deben consignarse en el Presupuesto de la República las partidas consiguientes.

Este precepto constitucional fue desarrollado por la Ley N° 23495, del 19 de noviembre de 1982, norma reglamentada por el Decreto Supremo N° 015-83-PCM, que detalla la forma en la cual se efectuaría dicho procedimiento.

Fue la implementación de la citada institución la que originó la desnaturalización de este régimen, pues la idea original era que un servidor adquiriera el derecho a cesantía con 15 o 12 y medio años de servicios, según fuera hombre o mujer, pero en base a un ciclo laboral máximo de 30 o 25 años, respectivamente, por tanto, solo al cumplir el ciclo máximo se tendría una pensión que fuera equivalente al 100% de la remuneración asegurable; pero ello ya no era necesario con la nivelación, pues con 20 años de servicios uno ganaría lo mismo que el servidor en actividad y se beneficiaría también con los incrementos posteriores.

En efecto, la nivelación, conocida también como “efecto espejo” o “cédula viva”, no solo permitía que la pensión fuera igual (en su monto) al haber del servidor en actividad, sino que también el incremento (reajuste) de la misma cada vez que a aquel se le aumente su remuneración, constituyendo así un súper beneficio que impulsó a los ex servidores a buscar la forma de ingresar al citado régimen previsional.

Como si el marco constitucional y legal fuese insuficiente, cada entidad fue asumiendo un criterio propio para resolver las solicitudes pensionarias respecto a la nivelación, lo que generó una serie de interpretaciones antojadizas que fueron complementadas con pronunciamientos del Tribunal de la Administración Pública, el Poder Judicial, el

---

(10) MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. “Informe Trimestral: Los Sistema de Pensiones en Perú”. [https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol\\_econ/documentos/sistemas\\_pensiones.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/documentos/sistemas_pensiones.pdf)

(11) El texto original del Decreto Ley N° 20530 no contiene referencia alguna al concepto nivelar o nivelación. Los artículos 49 y siguientes de la norma regulan la institución de la renovación de pensión (utilizada indebidamente por algunos autores, autoridades y jueces como sinónimo de nivelación), que se otorga a pensionistas con 30 o 25 años de servicio, con 80 años de edad, entre otros casos, que implica un incremento adicional sobre el monto de la pensión que no es igual al “efecto espejo” de la nivelación.

Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>13</sup>, a través de los cuales se permitió nivelar pensiones de este régimen con las remuneraciones de los servidores de entidades cuyos trabajadores estaban sujetos al régimen laboral privado, en contravención directa al artículo 14 del Decreto Ley N° 20530.

Ante dicha situación, el gobierno se vio obligado a emitir el Decreto Legislativo N° 763, de fecha 15 de noviembre de 1991, mediante el cual se declaró la nulidad de pleno derecho de los actos de incorporación realizados contra las disposiciones del Decreto Ley N° 20530. Lamentablemente, los efectos de dicha norma fueron mediatizados por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, que estimaron las miles de demandas de acción de amparo que interpusieron los pensionistas.

Posteriormente, el 23 de abril de 1996 fue publicado el Decreto Legislativo N° 817, que tuvo la intención de reformular dicho régimen, centralizando la calificación de derechos en la Oficina de Normalización Previsional (ONP), a la cual se facultó a anular (sin sujeción a plazo de prescripción alguno) los actos de incorporación irregular y a asumir la defensa del Estado en todos los procesos judiciales derivados del mismo. Esta norma también fue mediatizada por el Tribunal Constitucional, a través del fallo recaído en el Expediente N° 00008-96-I/TC, publicado el 26 de abril de 1997.

Con los preceptos que sobrevivieron a dicha sentencia, se dictó la Ley N° 26835, que fue publicada el 4 de julio de 1997. Dicha norma ratificó la competencia exclusiva de la ONP, determinó los supuestos de aplicación de los plazos de nulidad y crea un proceso judicial ad hoc para anular las pensiones irregulares y cobrar los pagos indebidos. Esta norma también fue mediatizada por el Tribunal Constitucional, a través del fallo recaído en el Expediente N° 00001-98-I/TC, publicado el 27 de junio de 1997.

Casi un año después de publicada dicha sentencia se dictó la Ley N° 27719, mediante la cual se restituyó a las entidades en las que prestó servicios cada pensionista la facultad de calificar y pagar los derechos previsionales, bajo la supervisión del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), entidad encargada de aprobar los lineamientos para la aplicación del Decreto Ley N° 20530<sup>14</sup>. La historia de dicho régimen, sin embargo, aún estaba lejos de su final.

### **III. REFORMA CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

En los primeros días de abril de 2004 el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso de la República un Proyecto de Reforma para modificar los artículos 11 y 103, y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993, para permitir la reestructuración del Decreto Ley N° 20530.

Esta medida se tomó después de ciertos fallos del Tribunal Constitucional sobre dicho régimen pensionario<sup>15</sup>, que si bien pretendieron ser subsanados con un fallo posterior<sup>16</sup>,

---

(12) Sentencia del Caso Cinco Pensionistas vs. Perú, de fecha 28 de febrero de 2003.

(13) Dichos lineamientos fueron aprobados mediante Decreto Supremo N° 159-2002-EF.

(14) Específicamente el Expediente N° 00156-2001-AA/TC, sentencia publicada el 3 de junio del 2003, en el proceso de amparo seguido por Rosa Medina Pantoja contra el Ministerio de Salud y la ONP.

nos mostraron tanto el costo que su mantenimiento representaba para el Estado, como la inequidad que existía respecto a otros regímenes<sup>17</sup> y al interior del mismo<sup>18</sup>.

Si bien se dictaron -en paralelo al fallo rectificatorio- medidas para controlar el gasto e irregularidades del citado régimen, como la dación de las Leyes N° 28046 y 28047<sup>19</sup>, que dispusieron la creación de un Fondo de Contribución Solidaria, la actualización del porcentaje de la aportación, entre otras acciones, todo intento dirigido a revertir los efectos negativos de la errónea aplicación de sus normas (principalmente la nivelación y los topes) era insuficiente, pues casi inmediatamente miles de pensionistas interponían demandas judiciales acogiéndose a los derechos adquiridos, reconocidos en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

Por ello, siguiendo las recomendaciones formuladas por el Tribunal Constitucional en la segunda sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 27617<sup>20</sup> y la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>21</sup>, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de reforma que permitiría -mediante leyes posteriores- reestructurar el régimen pensionario del Estado para lograr un ahorro sustancial de los egresos indebidos.

El proyecto fue aprobado por el Congreso de la República, siendo publicada el 17 de noviembre, la Ley N° 28389, que dispuso la modificación de los artículos mencionados en los siguientes términos:

- En aplicación del principio de unidad<sup>22</sup>, se agregó un segundo párrafo al artículo 11, precisándose que “La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado”.
- En cuanto al artículo 103, se establece un criterio para la aplicación de la norma en el tiempo, implementando expresamente la Teoría de los Hechos Cumplidos, conforme a lo previsto en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.
- Finalmente, la Primera Disposición Final y Transitoria es reestructurada en su totalidad, suprimiendo la aplicación (para los pensionistas del SNP y el Decreto Ley N° 20530) de la Teoría de los Derechos Adquiridos.

Posteriormente, el 30 de diciembre de 2004 se publica la Ley N° 28449, a través de la cual se establecen las nuevas reglas del régimen del Decreto Ley N° 20530, entre las cuales destacan las siguientes:

- 
- (15) Expediente N° 00189-2002-AA/TC, proceso de amparo seguido por Carlos Maldonado Duarte contra la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS) y la ONP.
  - (16) Por ejemplo, la pensión máxima (tope) en el SNP es S/ 857.36 soles, mientras en el Decreto Ley N° 20530 supera los S/ 8,000 (dos Unidades Impositivas Tributarias - UIT).
  - (17) Se calcula que el 90% de los pensionistas del Decreto Ley N° 20530 perciben menos de S/ 1,000 soles.
  - (18) Amabas publicadas el 31 de julio de 2003.
  - (19) Expediente N° 00002-2003-AI/TC, publicado el 21 de Setiembre del 2003 (fundamento 14).
  - (20) En el punto 116 del fallo recaído en el Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. La Corte señaló que el Estado puede poner limitaciones al derecho de propiedad -incluyendo dentro de dicho concepto a las pensiones- por razones de utilidad pública e interés social, reduciendo sus montos por la vía legal adecuada.
  - (21) Que propugna que una sola entidad asuma la administración, gestión o dirección rectora de los regímenes de seguridad social, como anota FAJARDO CRIBILLERO, Martín. “Teoría General de la Seguridad Social”. Lima, 1992, Ediciones Luis Alfredo, páginas 32-33.

## **1. El ámbito subjetivo y el cálculo de las pensiones**

El artículo 1 precisa que no se afectan los derechos y beneficios del Decreto Ley N° 19990 (SNP), lo cual no impide que a partir de la reforma constitucional se modifique el SNP o las Leyes de Pensiones Militar Policial o la de los Servidores Diplomáticos, pues la norma alude a “los regímenes pensionarios a cargo del Estado”.

El artículo 2 ratifica que, al ser un régimen cerrado, el Decreto Ley N° 20530 no admite nuevas incorporaciones o reincorporaciones, salvo las dispuestas por mandato judicial, por lo cual se precisa que sólo se consideran incorporados los siguientes beneficiarios:

- a) Los pensionistas de cesantía e invalidez que cumplieron -en su momento- con todos los requisitos establecidos en las normas entonces vigentes.
- b) Los trabajadores en actividad (asegurados aportantes al régimen) que a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley N° 28389 (18 de noviembre de 2004) habían cumplido todos los requisitos para obtener la pensión correspondiente.
- c) Los actuales beneficiarios de pensiones de sobreviviente (viudez, orfandad o ascendientes) que cumplieron todos los requisitos establecidos por las normas vigentes al momento del fallecimiento de su causante.
- d) Los futuros sobrevivientes de pensionistas de cesantía o invalidez o de los trabajadores activos a que se refiere el literal b).

Respecto al cálculo de las pensiones, los artículos 5, 6 y 8 establecen los criterios que se tomarán en cuenta para su determinación:

- i Las pensiones serán iguales a la treintava o veinticincoava parte de los años de servicios, según sea hombre o mujer, en base al promedio de las remuneraciones asegurables que percibieron en los 12 últimos meses.
- ii Tendrá la calidad de pensionable toda remuneración que sea permanente en el tiempo y regular en su monto que se encuentre sujeta a descuentos para pensiones, a excepción de aquellos conceptos que por norma expresa tengan el carácter de no pensionable (por ejemplo: bono de puntualidad).
- iii Se reconoce el derecho de los pensionistas del régimen del Decreto Ley N° 20530 a percibir aguinaldos o gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, conforme a lo que señale la ley para tal efecto.

## **2. Modificación de las instituciones fundamentales**

El artículo 3 y la Tercera Disposición Transitoria de la ley fijan los parámetros a tomar en cuenta para aplicar el monto máximo mensual (tope) de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del Decreto Ley N° 20530, que será igual a dos UIT, vigentes a la fecha del pago de la prestación. Sobre este punto volveremos más adelante.

Se precisa que su aplicación se efectuará de manera progresiva (gradual), por lo que la reducción de las pensiones superiores a dos UIT se efectuará a razón del 18 % anual, hasta que se alcance el tope vigente correspondiente<sup>23</sup>.

El artículo 4 prohíbe la nivelación de pensiones con las remuneraciones o con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios en actividad. Con tal fin se prevé en su lugar un sistema de reajuste (incremento futuro programado) de las pensiones de acuerdo al siguiente esquema:

- a) Las pensiones de los beneficiarios con 65 años o más de edad cuyo valor no exceda de dos UIT se reajustarán al inicio de cada año (mediante decreto supremo), teniendo en cuenta las variaciones en el costo de vida y la capacidad financiera del Estado.
- b) Las pensiones de los beneficiarios menores de 65 años de edad se ajustan de manera periódica, teniendo en cuenta las previsiones presupuestales y las posibilidades de la economía nacional.

Dentro de las principales instituciones de este régimen, la que quizá ha tenido los mayores cambios es la referida a las pensiones de sobreviviente, pues el artículo 7 de la Ley N° 28449 dispone la modificación de los artículos 25, 32, 34, 35, 36 y 55 del Decreto Ley N° 20530 en los siguientes términos:

- i En cuanto al artículo 25, se indica que la suma de las pensiones por viudez y orfandad no podrá superar el 100 % de la pensión que percibía o hubiera percibido el causante, debiendo reducirse proporcionalmente el exceso.
- ii El artículo 32 precisa que la pensión de viudez será igual al 100 % de la pensión del causante siempre que dicho monto no supere la Remuneración Mínima Vital (RMV); será el 50 % si el monto es mayor a una RMV, estableciéndose que la pensión mínima de viudez es el equivalente a una RMV; se reconoce el derecho a una bonificación mensual (adicional a la pensión de viudez) cuando el cónyuge sobreviviente inválido requiere el cuidado permanente de otra persona.
- iii El artículo 34 señala que tendrán derecho a pensión de orfandad los hijos menores de 18 años, subsistiendo la pensión únicamente: (i) Para quienes sigan estudios de nivel básico o superior, hasta los 21 años; y (ii) Para los que adolezcan de incapacidad absoluta para el trabajo desde su minoridad o cuando manifestada en la mayoría tenga su origen en etapa anterior.  
De esta manera queda suprimida la cuestionada pensión de orfandad para las hijas solteras mayores de edad.
- iv Los artículos 35, 36 y 55 reestructuran -respectivamente- el porcentaje de las pensiones de orfandad; los requisitos de la pensión de ascendientes; y, las causales de extinción del derecho a pensión.

Como era previsible, ambas leyes son sometidas a un proceso de inconstitucionalidad, originado por cinco demandas que cuestionaban la validez de la reforma, en cuanto a la forma y al fondo, mismas que fueron resueltas de forma conjunta con la sentencia

---

(22) El 28 de enero de 2005 fue publicado el Decreto Supremo N° 017-2005-EF, que estableció las disposiciones para la aplicación del tope mencionado.

recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC, publicada el 12 de junio de 2005<sup>24</sup>, que declaró infundadas las demandas de inconstitucionalidad contra la Ley N° 28389, y fundadas (en parte) las incoadas contra la Ley N° 28449.

No conformes con dicha acción, varios grupos de pensionistas denuncian al Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que -luego de un largo proceso de intercambio de posiciones entre las partes- emite el 27 de marzo de 2009 el Informe N° 38/09, rechazando las denuncias y validando la reforma pensionaria del 2004.

Efectuada esta revisión de la evolución temporal del régimen del Decreto Ley N° 20530 desde sus orígenes hasta la reforma constitucional y legal de 2004, corresponde analizar la regulación de la pensión máxima (tope), a partir de su configuración teórica, a partir del principio de solidaridad y la regulación que ha tenido hasta la fecha.

#### **IV. EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD**

Los principios son líneas directrices que informan e inspiran, directa o indirectamente, a las futuras leyes, orientan la interpretación de las existentes y sirven para resolver los casos no previstos en éstas. Son valores anteriores y superiores que complementan a las normas. Constituyen, por tanto, la base dogmática de todo sistema jurídico.

La idea de seguridad social que estamos desarrollando se sustenta en una serie de pilares o principios. Si bien no existe un consenso pleno -en doctrina- respecto a sus principios generales, sí existe cierta coincidencia respecto a sus cinco pilares básicos<sup>25</sup>: universalidad, solidaridad, integralidad, unidad e internacionalidad.

La solidaridad, en seguridad social, supone la participación de toda la población en el financiamiento del sistema, directa o indirectamente, según sus posibilidades, sin que exista más expectativa que el recibir protección cuando ocurra una contingencia.

Esto significa que se destierra toda noción de contraprestación y se la sustituye por la de participación. Se aporta y recibe por pertenecer al sistema, no en función a una cláusula o garantía contractual. Es la prevalencia de lo colectivo sobre lo individual.

Es una característica esencial para la seguridad social, no se trata de un factor opcional, que puede o no estar presente, sino del elemento indispensable para que sea considerada como un mecanismo de protección social<sup>26</sup>.

---

(23) El 14 de julio del 2005 fue publicada la resolución del Tribunal que, en mérito a las solicitudes formuladas por los Colegios de Abogados de Cusco y Callao, Juan Peña y Joffré Fernández, aclaró la sentencia comentada, en cuanto a la aplicación de sus fundamentos a los pensionistas de sobrevivientes, periodicidad del reajuste, el tratamiento diferenciado para los jueces y fiscales, y otros aspectos complementarios del mencionado pronunciamiento.

(24) El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de principios implícitos de la seguridad social en la Constitución de 1993, como el de dignidad, igualdad, progresividad y solidaridad, en los fallos recaídos en los Expedientes N° 00010-2012-AI/TC, N° 00008-2003-AI/TC, N° 00050-2004-AI/TC, N° 00001-2003-AI/TC y N° 00048-2004-PI/TC, como da cuenta: MONTROYA CHÁVEZ, Victorhugo. “El principio previsional de sostenibilidad financiera en la jurisprudencia constitucional”. En: Revista Ius Et Veritas N° 36, PUCP, Lima, páginas 315-316.

(25) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Estudios de la seguridad social”. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1999, páginas 407-417.

En tal sentido, cabe destacar lo expuesto -desde un enfoque económico- por Valdés<sup>27</sup>, quien señala que si bien cada incremento de solidaridad forzada tiene un costo creciente en términos de riqueza o eficiencia perdidas, ello no debe significar que la solidaridad sea eliminada, pues los ciudadanos pueden preferir asumir ese precio con tal de expresar su solidaridad o de obtener algún grado de seguridad.

En un sistema de reparto, mecanismo tradicional de financiamiento de los regímenes de pensiones públicos, la solidaridad se manifiesta a través de dos mecanismos:

### **1. Solidaridad intergeneracional**

Este modelo funciona bajo la premisa “pay as you go”, lo que implica que los aportes de los trabajadores en actividad (asegurados) servirán para el pago de las pensiones de los actuales pensionistas, de la misma forma en que las suyas serán atendidas con las cotizaciones de los futuros asegurados, produciéndose así un recambio generacional.

El aporte o contribución exigida a los integrantes del sistema, para financiar la seguridad social, es obligatoria, y se efectúa con independencia del beneficio que pueda obtenerse en el presente, pues el ahorro previsional tiene para el asegurado un destino a futuro.

Cabe precisar que si bien el modelo de recambio intergeneracional se vio afectado en las últimas décadas debido a problemas como la longevidad, la informalidad del mercado laboral y la evasión en el pago de las cuotas de la seguridad social, se debió evaluar con mayor detenimiento la conveniencia de implementar un sistema de capitalización individual como el Sistema Privado de Pensiones (SPP), en el cual la presencia de una solidaridad (intrínseca) es discutible.

### **2. Solidaridad intrageneracional (interna o intrínseca)**

En el modelo de reparto, todos los asegurados aportan a un fondo común, del cual se extraen los recursos para pagar las pensiones de los actuales beneficiarios. La aportación es un porcentaje de la remuneración que los trabajadores perciben mensualmente.

Si bien la tasa de aportación aplicada a todos los trabajadores debería ser la misma, el monto de la cotización no será igual, pues no será igual el aporte de un obrero respecto al descuento y contribución de un funcionario de la Alta Dirección o un Ministro.

Por ello, este sistema prevé la aplicación de montos máximos de pensión (o topes), para que con el diferencial que correspondería a quienes aportaron más -en cantidad-, pueda existir una pensión mínima que le permita, a aquellos que aportaron menos, percibir una suma con la cual atender sus necesidades básicas esenciales.

---

(26) VALDÉS PRIETO, Salvador. “Políticas y mercados de pensiones”. Universidad Católica de Chile, Santiago, 2002, página 37.

La presencia de pensiones mínimas y máximas (topes) implica la aceptación implícita de un mecanismo de solidaridad al interior del sistema, que permite equilibrar -en parte- las diferencias económicas existentes entre sus integrantes.

Estamos en el terreno de la justicia distributiva y no en el de la justicia conmutativa, por tanto, un asegurado no puede reclamar que le sea devuelto -en dinero o prestaciones- un beneficio equivalente al monto que cotizó durante cierto periodo, pues en el sistema de reparto se pierde la individualidad de la contribución.

Ahora veamos cómo se ha ido regulando legalmente en el tiempo la aplicación del tope en el régimen del Decreto Ley N° 20530.

## **V. REGULACIÓN DE LA PENSIÓN MÁXIMA (TOPE)**

Se entiende a la pensión máxima (tope) como el monto límite específico a tener en cuenta para el pago de las prestaciones económicas de un régimen previsional. El valor puede ser una suma fija, una fórmula, o un concepto referencial.

En el texto original del Decreto Ley N° 20530 se contempló la aplicación de topes a las pensiones del régimen previsional del Estado, para ello, en el artículo 57 de la norma originaria se dispuso que los máximos pensionarios serían dispuestos en las Leyes de Presupuesto que cada año se emite para el Sector Público.

Artículo 57.- El monto máximo mensual de las pensiones que se pague, se establece por la Ley de Presupuesto del Sector Público Nacional.

No obstante, no fue sino hasta el año 1991 cuando se fijó el primer tope. En efecto, el artículo 292 de la Ley N° 25303, Ley de Presupuesto del Sector Público para el año 1991, dispuso que el tope pensionario sería la remuneración total que percibe el funcionario de más alto nivel administrativo del sector al cual pertenecía la empresa o institución donde laboraba el servidor o funcionario público.

Artículo 292.- Queda terminantemente prohibido el otorgamiento de pensiones de jubilación, cesantía, de gracia, de montepío, de viudez, de sobrevivencia, o por cualquier otro concepto, a favor de cualquier ex trabajador o beneficiario del mismo, a cargo del sector público y empresas del Estado, que implique un monto que sea superior a la remuneración total que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del sector al cual pertenece la empresa o institución.

Al imponerse los topes, se cumplía lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política de 1979, que disponía homologar en un sistema único las remuneraciones, bonificaciones y pensiones del Estado, en el cual tendría la más alta jerarquía el Presidente de la República, pues existían pensionistas que percibían montos que estaban por encima del sistema único, lo que implicaba un violación constitucional<sup>28</sup>.

---

(27) Como correctamente anota: GARCÍA GRANARA, Fernando. “Los topes pensionarios en el régimen del Decreto Ley N° 20530: La sentencia del Tribunal Constitucional y la Ley N° 26835”. En: Asesoría Laboral, Lima, Octubre 1997, página 11.

Esta norma es replicada en las Leyes N° 25388, N° 25986 y N° 26268, correspondientes a las Leyes de Presupuesto para los años 1992, 1993 y 1994, respectivamente.

Dado que la primera norma que fijó un tope fue la Ley de Presupuesto para el año 1991, en contra de ella se interpuso una acción de inconstitucionalidad que se siguió bajo el Expediente N° 002-003-91-TGC. El Tribunal de Garantías Constitucionales determinó que la imposición de topes era constitucional, como consta en el numeral f.ii:

“...no sería legal ni justo, que el beneficiario de una pensión, cualquiera sea la causa de su determinación llegara a alcanzar un nivel igual o superior a la remuneración que percibe el funcionario del más alto nivel administrativo del Sector al que pertenece la institución o la empresa”.

Para Herrera, esta decisión se basó en el principio de legalidad, pues el texto original del Decreto Ley N° 20530 preveía justamente la posibilidad de fijar topes<sup>29</sup>.

En función a ello, el 21 de diciembre de 1995 se expidió la Ley N° 26557, mediante la cual el Congreso de la República delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en diferentes materias, precisándose que debía emitir una norma respecto de los regímenes de pensiones del sector público, fijándose como tope el sueldo de un Congresista de la República. Como consecuencia de dicho encargo se promulgó el Decreto Legislativo N° 817, en cuya Sexta Disposición Complementaria se estableció lo siguiente:

Sexta.- El tope a que se refiere el Artículo 2, numeral 3 de la Ley N° 26557 aplicable a las pensiones derivadas del régimen previsional del D.L. N° 20530 queda fijado en el sueldo de un Congresista.  
Esta Disposición entrará en vigencia a partir del 1 de julio de 1996.

El artículo 4 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 073-96-EF, precisó que dicho concepto (remuneración de un congresista) sería informado por la Gerencia General del Congreso a la ONP, que lo comunicaría a las entidades para los pagos<sup>30</sup>.

Pese a la validez de variar el referente para la aplicación del tope, en el fundamento 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-96-I/TC, que declaró la inconstitucionalidad parcial del Decreto Legislativo N° 817, se estableció que la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución Política de 1979 (origen de la nivelación) habría derogado al artículo 57 del Decreto Ley N° 20530 (que habilita el tope), conclusión errada, pues condiciona la aplicación de una institución (la nivelación) a la vigencia de otra (el tope) que es distinta, aunque complementaria<sup>31</sup>.

18. La Constitución de 1979, en su Octava Disposición General y Transitoria ordena: 1) modificar y unificar - para hombres y mujeres - el ciclo laboral para acceder a la pensión nivelable estableciéndolo en 20

---

(28) HERRERA VÁSQUEZ, Ricardo. “Cédula viva: La constitucionalidad de los topes”. En: Diario Gestión, Lima, 10 de mayo de 1996, página 14.

(29) Este monto se relacionaba al haber básico del congresista en ese entonces: S/. 5,000 soles.

(30) En igual sentido: GASTIABURU JASHIMOTO, Carlos. “El fallo del Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 817”. En: Asesoría Laboral, Lima, Junio 1997, páginas 12-13.

años, señalando, además que el referente para nivelar son los haberes de los servidores públicos en actividad - del mismo cargo - con lo cual queda automáticamente derogado el Artículo 57 del Decreto Ley N° 20530 referido a la posibilidad de imponer topes a las pensiones y, 2) Una medida transitoria, en cuanto al pago de las pensiones que gozan de tal derecho, al establecer una nivelación progresiva en un lapso máximo de diez ejercicios a partir del 1 de enero de 1980, después del cual la nivelación de pensiones continuará en forma permanente, sin estar sujeta a ninguna progresión en el tiempo, tal y como lo establecen la ley N° 23495, dada dentro del marco establecido por la Octava Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979, y reglamentada por Decreto Supremo N° 0015-83-PCM, en la que se regula el derecho a la nivelación y homologación que tienen las pensiones de los cesantes comprendidos en el Decreto Ley N° 20530. El Artículo 5 de la Ley N° 23495, dispone, además, que "cualquier incremento posterior a la nivelación que se otorgue a los servidores públicos en actividad que desempeñan el cargo u otro similar al último cargo en que prestó servicios el cesante o jubilado dará lugar al incremento de la pensión en igual monto que corresponde al servidor en actividad.

Siendo el principal efecto de la incorporación al Régimen del Decreto Ley N° 20530, 1) tener la calidad de pensionista el mismo, 2) tener la facultad de adquirir derecho a pensión al alcanzar quince años de servicios el hombre y doce y medio la mujer, las mismas que se regulan conforme a lo establecido por el Artículo 5 del mismo, y 3) tener el derecho a una pensión nivelable, con los requisitos establecidos en el antes referido Decreto Ley, todos estos constituyen entonces, derechos adquiridos conforme lo establece la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente.

Como resulta evidente la imposición de topes atenta flagrantemente contra los derechos adquiridos de aquel grupo de personas que tienen bajo el criterio antes mencionado un derecho adquirido, razón por la cual, la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 es inconstitucional.

En efecto, la nivelación es un mecanismo de reajuste (actualización) de la pensión en relación al incremento del haber del servidor público, mientras el tope es una restricción al monto de la pensión a fin de que ésta no sea excesiva respecto de las remuneraciones del sector público y las posibilidades de la economía nacional<sup>32</sup>, por lo que siendo instituciones previsionales distintas, la aplicación de una de ellas (nivelación) no puede servir de justificación para la derogación de la otra (tope).

En un nuevo intento por recuperar la equidad de los sistemas pensionarios existentes, promulgó la Ley N° 26835, cuyo artículo 5 dispuso:

Artículo 5.- El tope a que se refiere la Sexta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 817 es de aplicación únicamente a las pensiones mensuales devengadas a partir del 1 de julio de 1996,

---

(31) GARCÍA GRANARA, Fernando. Obra citada, página 13.

independientemente de su fecha de otorgamiento o de los años de servicio del titular.

No corresponde aplicar dicho tope retroactivamente a las pensiones mensuales devengadas con anterioridad a dicha fecha ni exigir el reembolso de las sumas cobradas en exceso.

Lamentablemente, la suerte de esta disposición normativa no fue la esperada, pues en la sentencia recaída en el Expediente N° 00001-98-AI/TC se estableció que el antes citado artículo 5 era inconstitucional, al ser incompatible con la cosa juzgada, pues pretendía revivir una norma ya derogada y atentaba contra los derechos adquiridos y pensiones nivelables, reconocidas y garantizadas por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993.

En el 2003, la Ley N° 28047 estableció que el tope sería el equivalente a una UIT, pero no pudo ser aplicado por la vigencia -en ese entonces- de los derechos adquiridos.

Dentro de este escenario, el artículo 3 de la Ley N° 28449 precisa que el monto máximo de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones del Decreto Ley N° 20530 será de dos UIT. La Tercera Disposición Transitoria de la norma señala que las pensiones superiores a dicho tope se reducirán anualmente de manera progresiva a razón del 18%.

#### Artículo 3.- Monto máximo de las pensiones

El monto máximo mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen de pensiones regulado por el Decreto Ley N° 20530 es de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes a la fecha en que corresponda el pago de la pensión.

La aplicación de este precepto es el analizado por la Corte Suprema en el punto II del V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, pues esa interpretación nos ha llevado a dos alternativas:

- i Que el monto de la pensión máxima (tope) otorgada en determinado momento es el que debe mantenerse en el tiempo, sin alteración alguna: UIT histórica que se aplicará de forma permanente e inalterable.
- ii Que el monto de la pensión máxima (tope) otorgada se reajustará (aumentará) cada vez que la UIT sea modificada, lo que ocurre generalmente cada año, con lo cual estamos ante un mecanismo de incremento periódico distinto al previsto por el artículo 4 de la Ley N° 28449.

La Corte Suprema ha optado por la segunda alternativa, es decir, que el monto del tope o pensión máxima mensual de las pensiones de cesantía, invalidez y sobrevivientes del régimen del Decreto Ley N° 20530 es de dos UIT vigentes **a la fecha en que corresponde el pago de la pensión**, entendidas por las vigentes al momento en que se realiza el pago efectivo de cada monto pensionario.

Cabe precisar que ambas alternativas tienen un nivel de sustento jurídico: la primera, se remitiría a los principios de sostenibilidad financiera y de equilibrio presupuestal, para sostener que el momento en que se produce la contingencia (cese, invalidez o muerte) es

el que determinará el monto de la pensión, mismo que no podrá ser modificado en el tiempo, pese a que con posterioridad se varié la UIT<sup>33</sup>; la segunda, en el hecho que la norma alude a las dos UIT vigentes “a la fecha que corresponda **el pago** de la pensión”, lo que no se podría entender necesariamente como el momento en que se reconoce u otorga la prestación (fecha de contingencia)<sup>34</sup>.

En relación a dicha norma, el Tribunal Constitucional indica en el fundamento 131 de la sentencia recaída en el Expediente N° 00050-2004-AI/TC que dicho valor se ha situado por encima del mínimo pensionario, por tanto, en ponderación con las capacidades presupuestarias del Estado resulta conforme con el derecho a una vida acorde con el principio de dignidad, por lo que resulta una medida constitucional.

Para el Tribunal (fundamento 100 de la sentencia citada) la existencia de la pensión máxima (tope) obedece a dos razones: (i) la disponibilidad económica del sistema de seguridad social, y, (ii) el principio de solidaridad.

100. (...)

En efecto, en virtud del primero, el legislador puede regular las prestaciones de la seguridad social en función de la escasez o recursos o medios económicos limitados con que cuenta el sistema (...).

En virtud del principio de solidaridad se exige que (...) el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los desamparados con independencia, incluso, de las consecuencias puramente económicas de esos sacrificios, es decir, en el caso concreto, con independencia que esas pensiones proporcionalmente altas sean pocas, su limitación tenga poca influencia en las finanzas públicas y en poco o nada beneficie a los pensionistas más modestos<sup>35</sup>.

En tal sentido, la existencia de la pensión máxima (tope) y su cuantía (dos UIT) no es un tema en discusión, solo la determinación de la posibilidad que el monto de la prestación pueda (o no) ser incrementado o aumentado cada vez que se modifique el valor de la UIT, constituyendo un supuesto implícito de reajuste adicional a los previstos por la Ley N° 28449 en su artículo 4, aspecto respecto del cual la Corte Suprema ya ha tomado una decisión.

## VI. CONCLUSIONES

1. La evolución jurisprudencial, particularmente en lo previsional, resulta indispensable para los abogados, magistrados, funcionarios públicos y todos aquellos vinculados con dicha materia, pues nos permite proyectar -con cierto margen de certeza- el resultado final de cada proceso judicial, lo cual es de gran

---

(32) Conforme a lo dispuesto por el artículo 4, solo podría ser reajustada anualmente cuando el pensionista cumpla los 65 años de edad.

(33) También se remite, como consta en el último párrafo del numeral 2.3, en uno de los votos en mayoría de la sentencia recaída en el Expediente N° 04933-2012-PC/TC, proceso de cumplimiento seguido por Roger Enrique Cáceres Velásquez contra el Congreso de la República.

(34) Citando a: SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda. “Seguridad Social y Constitución”. Madrid, 1995, Editorial Civitas, página 126.

importancia sí se considera que la determinación de una nueva pretensión origina la interposición de miles de demandas.

2. El Decreto Ley N° 20530 fue promulgado el 26 de febrero de 1974 con el fin de reemplazar a la Ley General de Goces de Jubilación y Cesantía de los Empleados Públicos del 22 de enero 1850 (denominada “Ley de Goces”), dictada durante el gobierno del General Ramón Castilla. Dicha norma nació como un régimen cerrado, en la medida que su objetivo era regular el otorgamiento de los derechos pensionarios de los servidores y funcionarios públicos que ingresaron al Estado con anterioridad al 11 de julio de 1962.
3. En el modelo de reparto, todos los asegurados aportan a un fondo común, del cual se extraen los recursos para pagar las pensiones de los actuales beneficiarios. La aportación es un porcentaje de la remuneración que los trabajadores perciben mensualmente. Este sistema prevé la aplicación de montos máximos de pensión (o topes), para que con el diferencial que correspondería a quienes aportaron más -en cantidad-, pueda existir una pensión mínima que le permita, a aquellos que aportaron menos, percibir una suma con la cual atender sus necesidades básicas esenciales. La presencia de pensiones mínimas y máximas (topes) implica la aceptación implícita de un mecanismo de solidaridad al interior del sistema, que permite equilibrar -en parte- las diferencias económicas existentes entre sus integrantes.
4. En el texto original del Decreto Ley N° 20530 se contempló la aplicación de topes a las pensiones del régimen previsional del Estado. Dicha figura recibió un tratamiento variado a lo largo de los años, tanto a nivel legislativo como por las sentencias del Tribunal Constitucional. La existencia de la pensión máxima (tope) y su cuantía (dos UIT) no es un tema en discusión, solo la determinación de la posibilidad que el monto de la prestación pueda (o no) ser incrementado o aumentado cada vez que se modifique el valor de la UIT, constituyendo un supuesto implícito de reajuste adicional a los previstos por la Ley N° 28449 en su artículo 4, aspecto respecto del cual la Corte Suprema ya ha tomado una decisión.